

en un comienzo, el autor da a conocer la reforma francesa, que pasa de un contencioso de los actos a otro de las relaciones jurídicas, dictaminada en dos Decretos de 2 de septiembre de 1988 (núms. 88-907 y 88-905), por los que quedan introducidas tres nuevas medidas cautelares y la remodelación organizativo-funcionarial del Consejo de Estado; y, más tarde, en los Decretos del 15 y 16 de mayo de 1990 (núms. 90-400 y 90-416), enmendadores del régimen de ejecución de sentencias. Igualmente, se mencionan modificaciones realizadas en Italia por vía más jurisprudencial que legal, junto con los ejemplos de los Derechos alemán e inglés.

En definitiva, con arreglo a una posición que sintoniza con aquellas teorías, como las de Legaz Lacambra, Sánchez de la Torre y otros muchos, que definen el Derecho como forma de la libertad social, lo que importa es impedir que la justicia administrativa se convierta en un baluarte de injusticia, perjudicándose la efectividad de la protección judicial. El Derecho administrativo ha de ser un Derecho que represente la libertad jurídica, organizadora y compatibilizadora de los intereses y los derechos de las partes intervinientes. Con lo que, coherentemente, la misión de la jurisprudencia habrá de ser, de acuerdo con el art. 9.2 de la C.E., la de "procurar que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud".

Por tanto, y en último término, el maestro pretende garantizar la salvaguarda del nuevo principio general del Derecho de que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón", manifestado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia Factortame de 19 de junio de 1990, procedente, a su vez, de la Sentencia nº 180 fallada por el Tribunal Constitucional italiano el 26 de junio de 1985.

*M<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez*

J. GARCÍA MORILLO, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia 1994, 239 páginas.

Desde la aprobación misma de la Constitución han aparecido numerosos trabajos sobre la materia escogida por el autor que comentamos. Se podría citar una larga lista de artículos e incluso de monografías que se ha ocupado deta-

lladamente del tema de la protección judicial de los derechos fundamentales, y sin embargo no puede decirse en absoluto que esté de más, a estas alturas, una obra de conjunto sobre el tema, actualizada y muy bien documentada como la recientemente publicada por García Morillo.

No me parece aventurada la afirmación de que en esta cuestión de la protección judicial de los derechos nos jugamos, no solamente la validez normativa de nuestra Constitución, como afirma el autor, sino la propia efectividad de nuestro sistema jurídico-positivo. Una de dos: o se articulan los mecanismos legales que garanticen la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de la persona o de lo contrario el ordenamiento jurídico entero será pura apariencia de justicia.

Es conocida la tendencia contemporánea a reconocer en las Constituciones una lista cada vez más amplia de derechos y libertades. Basta con citar los casos de Portugal 1976, Colombia 1991 o Colombia 1992, y por supuesto la de España 1978, para comprender que el problema actual no es el reconocimiento de derecho a nivel constitucional, sino el de la articulación de los procedimientos judiciales para garantizar siempre y en todo caso su efectividad.

Ahora bien la efectividad desaparece, en la mayoría de los casos, cuando el ciudadano se ve obligado a utilizar las vías procesales ordinarias que por experiencia sabemos son normalmente lentas y complejas.

En otra palabras: el valor real de los derechos fundamentales de la persona no es otro que el de las normas procesales reguladoras de las acciones judiciales de que dispone el ciudadano para exigir su respeto y cumplimiento. Todo lo demás, no me cansaré de repetirlo, es pura retórica revestida muchas veces de la demagogia más barata. Por eso es muy de agradecer que un autor como Joaquín García Morillo, que a su condición de profesor universitario une la de letrado del Tribunal Constitucional, publique ahora esta obra que no dudo en calificar de excelente.

El artículo 53.2 de la Constitución española de 1978 declara que: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

Es sabido que la Constitución realizó una graduación de los derechos y libertades reconocidos en el Título primero según el sistema de protección que en cada caso se le ha atribuido. De este modo, los llamados derechos fundamentales (en sentido estricto) son los privilegiados, puesto que para su pro-

tección se articula un procedimiento judicial específico que no puede ser utilizado para exigir el cumplimiento de los demás derechos.

Dejando a un lado lo arbitraria de la elección de derechos fundamentales frente a los que no tienen esa consideración (el derecho de petición o la autonomía de las Universidades son derechos fundamentales y el derecho de propiedad o al matrimonio no), no cabe duda de que la forma en que ese procedimiento especial y sumario a que hace referencia la Constitución sea aplicado en la práctica, va a determinar la pauta de lo que podemos esperar de nuestro sistema de derechos y libertades. Como dice el propio autor (págs. 25 y 26) no es el amparo constitucional, sino el judicial previo la pieza central del sistema de protección de los derechos. Todo esto queda bien claro en el Capítulo I (introdutorio) de la obra, en donde se nos recuerda cuáles son las garantías previstas en nuestro Ordenamiento (abstractas y concretas) y el papel fundamentalísimo que entre todas ellas juega la protección judicial de los derechos.

El Capítulo segundo ("El diseño constitucional de la protección judicial específica") consiste en una acertada exégesis y desarrollo del art. 53.2 de la Constitución. En el primer apartado, sobre antecedentes y Derecho comparado, llama la atención la referencia a un Decreto de las Cortes de Cádiz de 28 de noviembre de 1812 según el cual "Los Tribunales del Reino preferirán a todo otro asunto los relativos a la infracción de la Constitución política de la Monarquía". ¡Cuántos beneficios se habrían seguido para nuestro Derecho si tal mandato hubiese sido llevado a la práctica! Por desgracia, España siguió también en esto la senda marcada por la Revolución francesa y las primeras Constituciones europeas surgidas allí, en vez del camino que ya por aquellas fechas había tomado el constitucionalismo norteamericano reconociendo valor jurídico pleno a los preceptos constitucionales (a partir del caso *Marbury versus Madison* en 1803).

Los sujetos protegidos por este procedimiento judicial previo al amparo constitucional son tanto los ciudadanos españoles como los extranjeros, tanto las personas físicas como las jurídicas. De todas formas conviene recordar, como ha hecho el Tribunal Constitucional, que la titularidad de derechos fundamentales corresponderá también a la persona jurídica y no sólo a la física dependiendo de la naturaleza del derecho en cuestión (véase especialmente la STC 19/1983, de 14 de marzo. Fundamento jurídico 2).

En el Capítulo tercero analiza el autor el desarrollo legislativo actual del art. 53.2 de la Constitución, es decir, fundamentalmente la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, pero también otras posteriores que afectan a la protección de algún derecho concreto (asilo, refugio, objeción de conciencia). A este respecto, el autor no encuentra

problema en aceptar la capacidad del legislador de ampliar a derechos no fundamentales (en sentido estricto) la protección que el art. 53.2 otorga a los que sí tienen esa consideración. A mi juicio tal ampliación revela, en el mejor de los casos, una muy deficiente técnica legislativa: si se quiere ampliar el ámbito de protección del recurso judicial preferente y sumario previsto en el art. 53.2 de la Constitución, ello debió hacerse mediante reforma del Texto constitucional (que por cierto, por un error del Constituyente podría realizarse siguiendo el procedimiento simplificado del art. 167 y no el agravado del 168). Lo que no me parece serio es que sea disponible para la mayoría parlamentaria del momento, aunque sea la mayoría absoluta requerida en el Congreso para la aprobación de las leyes orgánicas, el conceder o quitar a un derecho concreto la posibilidad de un recurso tan excepcional e importante como es el que aquí se analiza. Por lo demás, nada induce a pensar que el Constituyente pensara en una lista mínima de derechos fundamentales para que el legislador pudiera luego ampliarla, como sin embargo se ha hecho ya en varias ocasiones. En particular, no parece haber sido muy respetuosa con la voluntad del constituyente la Ley Orgánica 8/84, de 26 de diciembre, al incluir a la objeción de conciencia al servicio militar dentro de la lista de derechos protegidos por el amparo judicial, siendo así que la Constitución los exceptiona indubitadamente del régimen general de protección de los demás derechos fundamentales.

El Capítulo cuarto trata de la protección judicial de los derechos fundamentales contra actos de las Administraciones públicas. Se analiza aquí la legitimación activa y pasiva para interponer este recurso, los actos recurribles, el órgano competente y, con cierta minuciosidad, la tramitación procesal del recurso en cuestión. Una cuestión, creo, merece ser destacada aquí, y es la referencia a la compatibilidad del proceso de amparo judicial con el contencioso-administrativo ordinario.

El tema es complejo y el autor lo aborda con rigor y profundo conocimiento de la jurisprudencia ordinaria y constitucional al respecto (pues se trata de una cuestión no resuelta en la legislación positiva). En principio lo más recomendable en estos casos sería presentar simultáneamente ambos recursos cuidando que el *petitum* no sea idéntico, concretamente, alegando motivos de mera legalidad en el proceso ordinario por si en el de amparo judicial (cuya sentencia se producirá antes y condicionará al otro en cuanto se refiera a posible violación de derechos fundamentales) no se aceptara la pretensión del demandante. Y ello porque el Tribunal Constitucional ha declarado que en estos casos "no cabe que el órgano judicial se pronuncie de nuevo sobre una vulneración constitucional ya planteada y resuelta en la vía especial".

En el Capítulo quinto se estudian los "recursos especialísimos", es decir, los que han sido establecidos por leyes específicas para la protección de algún derecho fundamental concreto, dado que por la naturaleza misma de ese derecho la utilización del proceso común de amparo judicial haría ineficaz tal derecho. Concretamente me refiero al derecho de reunión y al de *Habeas Corpus*.

El Capítulo sexto, muy interesante, trata de la protección judicial contra los actos de otros poderes públicos distintos a las Administraciones que supongan lesión de un derecho fundamental. Analiza con gran precisión la evolución seguida por el Tribunal Constitucional en torno a los llamados *interna corporis acta*, esto es, los actos jurídicos parlamentarios que no sean "típicos", es decir, legislativos. Pues bien, a partir de la STC 206/92, el Tribunal Constitucional ha llegado incluso a entrar en la motivación por la cual la Cámara denegó un suplicatorio para procesar a uno de sus miembros, lo cual supone que la absoluta discrecionalidad, casi arbitrariedad, con que se han venido comportando en estas cuestiones las Cortes Generales, debe darse ya por terminada, como no podía ser menos en un Estado de Derecho donde los privilegios parlamentarios son excepciones –necesarias pero que han de justificarse– al principio de igualdad y responsabilidad.

Destaca el autor los interesantes problemas que pueden plantearse cuando la posible lesión de un derecho fundamental proceda de otros poderes del Estado, como son el Defensor del Pueblo, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y, aunque el autor no la cita, la Corona o las instituciones de ella dependientes. Son casos que raramente se producirán, pero no imposibles, pese a lo cual nuestro Ordenamiento no prevé expresamente la vía jurisdiccional a seguir.

Termina el libro con un último Capítulo, el séptimo, dedicado a la protección judicial de violaciones de derechos fundamentales ocasionadas por actos de los particulares, lo cual, lógicamente, trae consigo el siempre apasionante problema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, la *Drittwirkung* de la doctrina alemana. Con precisión recoge el autor la jurisprudencia que ha ido sentando el Tribunal Constitucional al respecto. Se detallan a continuación las vías civil, penal y laboral previstas en la legislación vigente para la preservación de los derechos fundamentales cuando la presunta violación proceda de los particulares.

En definitiva: se trata de un estupendo libro que puede servir tanto al especialista que desea tener una visión de conjunto sobre la materia como al estudiante de los últimos cursos de la Licenciatura en Derecho (no los de Derecho político o constitucional, pues se necesitan conocimientos previos de Derecho procesal para la correcta comprensión del tema) y por supuesto de los

alumnos de doctorado. Pero su lectura resultará provechosa también a los actores del Derecho: abogados en ejercicio, jueces y fiscales, puesto que difícilmente podrán encontrar un trabajo más claro, equilibrado, documentado jurisprudencialmente, y, justo es decirlo, fácil de lectura como el presente.

*Antonio García Cuadrado*

Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Editorial Actas, Madrid 1991, 236 páginas.

La Profesora Martínez-Sicluna, Titular del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, de la Universidad Complutense de Madrid, presenta en este libro un trabajo que supone una valiosísima aportación al tema tratado. La obra expresa una determinada teoría del poder insertada en el concepto de "legitimidad sustancial", superadora de la mera "legitimidad legal" o "racional".

El contenido expuesto sigue una línea de perfecta coherencia cronológica y sistemática. Primeramente, se realizan una introducción y unas precisiones conceptuales muy adecuadas, con el fin de aclarar el origen histórico-moderno de las voces "legalidad" y "legitimidad", junto con su posterior evolución, así como el antagonismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico.

Acto seguido, en un capítulo independiente, la investigación profundiza el desarrollo coyuntural referente a la dualidad legitimidad-legalidad, que arranca del Congreso de Viena (1.814-1.815) al apelarse al principio de legitimidad como título de justificación de la Restauración monárquica. Con ocasión de lo cual son descritas las teorías de Weber, Schmitt y Kelsen, combinando el uso de textos originales con la evaluación correspondiente de cada una de las aseveraciones.

De Weber, representante de una vuelta a la legitimidad a partir de la recién nacida Sociología del Derecho, la autora nos enseña los tres tipos históricos legitimistas: el carismático, el tradicional y el legal, o actual, en el que entiende que nos topamos con una brutal coactividad, pues cualquier Derecho puede crearse y modificarse cuando existe un estatuto sancionado formalmente con corrección. La dominación legal crea una autoridad ilimitada por el ordenamiento en el mismo grado que lo están los dominados, mostrando una técnica al servicio de la maquinaria estatal. La oposición al pensamiento